

# 多重株主代表訴訟の法構造についての一考察

土 田 亮

## 目 次

はじめに

一 多重株主代表訴訟制度

二 株主代表訴訟の法構造

1 法構造に関する従来の学説

2 学説の検討

3 小括

三 多重株主代表訴訟の法構造

1 法構造に関する学説

2 学説の検討

3 多重株主代表訴訟の法構造

- 四 多重株主代表訴訟の導入
  - 1 多重株主代表訴訟のわが国への導入
  - 2 株式交換・株式移転と多重株主代表訴訟  
おわりに

## はじめに

平成九年に私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（独占禁止法）が改正され、いわゆる純粋持株会社が解禁されたが（平成九年改正独占禁止法九条）、この改正を契機に、親子会社関係または持株会社関係の下における株主の保護の問題が、あらためてクローズアップされることとなった。また、この独占禁止法改正と相前後して商法の合併規定が整理・簡素化されたほか（平成九年改正商法四〇八条以下）、平成十一年には株式交換・株式移転制度が（平成十一年改正商法三五二条以下）、平成十二年には会社分割制度が創設されて（平成十二年改正商法三七三条以下）、企業結合関係の形成、変更、解消といった企業再編行為を可能とする法制度が一応整備された。このことは、わが国の会社法制が、従来の単独企業を中心に据えた規整から結合企業をも視野に入れた法制度へと転換したことを意味している。これにともない、会社のガバナンスに関しても、結合企業を前提とした規定を整備する必要も説かれるようになり、特に平成十一年商法改正に際しては、親子会社における内部統制に関する規定の整備を求める声があがった<sup>1)</sup>。しかし結果的に同年改正においては、監査役の権限強化、情報開示の拡大といった限定された改正がなされたにとどまった。

持株会社の解禁、株式交換・株式移転および会社分割制度の創設に際して特に問題とされたのが、親子会社関係の利用によって生じる、いわゆる『株主権の縮減』である。すなわち、企業再編行為によって従来自社のものであった営業が子会社に移転し、または株主が親会社に移転することとなったり、あるいは子会社を通じて事業を行うことによって、株主が事業を行っている会社の経営者を通じて行ったコントロールが、爾後直接には及ばなくなる結果、株主の利益が害されることが懸念されたのである<sup>2)</sup>。

多重株主代表訴訟は、このような懸念に因應べく導入を求める声があがった制度である。この制度は、従来の株主代表訴訟制度が、株主に自社の取締役の責任を直接追及することを認めているものをいわば拡張して、一定の場合に、ある会社の株主が、他の会社の取締役が当該他の会社に対して負う責任を追及しうるとするものである<sup>3)</sup>。

しかしながら、多重株主代表訴訟制度は、平成十一年商法改正において導入の検討がなされたものの実現には至らず、その後の改正においても導入は見送られている。一方学説も、多重株主代表訴訟の導入に積極的な立場と消極的な立場に別れている。そして、前者についてはさらに、多重株主代表訴訟の導入を立法論として肯定するものと、現行法の解釈上も多重株主代表訴訟の提起が可能であるとするものに分けることができるが、現在の議論の中心は、どちらかといえば導入の是非にあるように思われる。

このような立法および学説の状況をふまえて、本稿では多重株主代表訴訟制度について検討を行う。ただし、多重株主代表訴訟を導入すべきであるかどうかという、実質的な観点からの議論はひとまず措き、むしろ理論的な視点から、わが国において仮に多重株主代表訴訟を導入する場合に、その法構造をどのように理解することになるのかという点の考察を主に行うこととしたい。そして、そこで導かれる構造論から、多重株主代表訴訟制度を解釈上認めることが可能であるか否か、仮に解釈上あるいは立法による導入がなされた場合の要件や手続がどのようなものになるのかという点についても検討を行うこととしたい。

本稿では、わが国の商法二六七条による訴訟、およびアメリカにおける derivative suit のことを（通常の）株主代表訴訟と呼称し、アメリカにおける multiple derivative suit およびわが国において導入が検討される同様の制度を多重株主代表訴訟と呼ぶこととする。<sup>(5)</sup> また、本稿では多重株主代表訴訟の認められるべき範囲についても議論を行うが、親会社、子会社、親子会社という用語は原則として商法二二一条ノ二で定める商法上の親子会社関係を示す意味で用いる。多重株主代表訴訟は、必ずしも親子会社間で行われるとは限らないことから、多重株主代表訴訟一般においては、「ある会社」の株主が「他の会社」の取締役の当該他の会社に対する責任を追及するときの「ある会社」を甲会社、「他の会社」を乙会社と呼ぶことにする。なお、株主代表訴訟制度の対象は取締役に限られず、発起人（商法一九六条）、監査役（商法二八〇条一項）、清算人（商法四三〇条二項）、通謀新株引受人（商法二八〇条ノ二第二項）、株主の権利行使に関する利益の受供与者（商法一九五条四項）、および委員会等設置会社における執行役（株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律「以下、商法特例法」二二一条の二五第二項）の責任追及にも準用されている。また、同様の制度は株式会社以外にも、有限会社をはじめとする多くの団体（営利、非営利を問わない）において存在するが、本稿では、上述の「甲会社」「乙会社」はともに株式会社であり（かつ、商法特例法上の小会社ではなく、委員会等設置会社でもない）、「乙会社取締役」の責任が追及される場面を想定して議論を行うことにする。

- (1) 森本滋「純粹持株会社と会社法」法曹時報四七巻二二号二〇頁、牛丸與志夫「川口恭弘」黒沼悦郎「近藤光男」田村詩子「行澤一人」親子会社法制の立法論的検討」金融法務事情一五三七号一〇頁。
- (2) 特に、事業を移転した（または親会社に株主を移転した）子会社の業績に連動するトラッキング・ストックが付与された場合には、当該株主にとっては、経済的利益の源泉はかわらず、コントロール権だけが大きく失われることになる。
- (3) アメリカ法においては、親会社株主による子会社取締役の子会社に対する責任追及訴訟を double derivative suit（二重

株主代表訴訟）、孫会社を対象とする同様の訴訟を triple derivative suit（三重株主代表訴訟）という。これらの子会社、孫会社（以下、曾孫会社……と続く）の取締役に対する責任追及訴訟の総称が multiple derivative suit（多重株主代表訴訟）である。

- (4) 法務省民事局参事官室「親子会社法制等における問題点」（平成一〇年七月八日、商事法務一四九七号一八頁以下）第一編第二章③は、「親会社の株主は、子会社に関する会社法上の訴えのうち一定のものについて提起することができる」と述べているが、この趣意があるが、どうか」とし、同項の脚において「親会社の株主が提起することができる訴えについては、……株主代表訴訟……等が考えられるが、なお検討する」としていたが、平成一一年一月二十七日に法制審議会商法部会が決定した「商法等の一部を改正する法律案編案」（商事法務一五一六号八頁以下）ではこの点には触れられず、立法にも盛り込まれなかった。
- (5) 前掲注(2) 参照。

## 一 多重株主代表訴訟制度

わが国には未だ多重株主代表訴訟制度は導入されていないことから、議論の前に、まず、わが国において導入が想定される多重株主代表訴訟制度がどのような制度であるのかということ、ある程度確定しておく必要がある。しかし、多重株主代表訴訟の理解は論者によって若干の相違があつて、特に多重株主代表訴訟が利用できる場面に ついての理解、換言すれば多重株主代表訴訟の射程について異なった見解が示されている。

典型的な多重株主代表訴訟は、親会社甲と子会社乙があり、乙会社の取締役が乙会社に対して損害賠償の責めに任じるとき、一定の要件の下で、甲会社の株主が乙会社取締役を相手取り、乙会社に対して損害を賠償するよう求める訴訟であると理解されている。通常の株主代表訴訟においては、取締役の会社に対する責任を追及しう

るのは、当該会社およびその株主であるとされていることから、乙会社取締役の責任追及に関しては、第一に乙会社自身（乙会社監査役が原告となる。商法二七五条ノ四）<sup>6</sup>がこれを行い、これがなされないときには乙会社株主が株主代表訴訟を提起することとなる。しかし、株式の過半を有するのは甲会社であり、乙会社の経営陣は甲会社（の経営陣）によって選任され、甲会社の影響力の下にあることが想定される。甲会社が乙会社株主としての地位に基づいて株主代表訴訟を提起するか否かは、甲会社経営陣の判断に委ねられているため、甲会社が、これを怠る場合には、乙会社取締役に対する責任追及はなされないことになる可能性が高い<sup>7</sup>。実際問題として、甲会社の経営陣が、乙会社取締役の選任についての責任追及がなされることを恐れる、乙会社取締役との個人的な関係がある、あるいは乙会社取締役を兼任して自らも責任追及にさらされるおそれがある、など様々な理由により、乙会社取締役の責任追及を躊躇することは十分に考えられる。そのような場合には、甲会社の株主が自ら乙会社取締役の責任を追及しつるようになる必要がある、と主張されるのである。また、親会社甲と孫会社丙という関係においても、同様の理由付けにより、甲会社の株主に丙会社取締役の丙会社に対する責任を追及することを認めるべきであり、これら（さらに下位の曾孫会社以下との関係におけるものも含めて）の総称が多重株主代表訴訟といふことになる<sup>8</sup>。

ここで問題となるのが、甲会社と乙会社の関係である。右の設例では商法上の親子会社（商法二二一条ノ二）を例にとつたが、多重株主代表訴訟の対象を最も狭く解する論者は、多重株主代表訴訟が許されるのは完全親子会社間に限られるとする。他方、平成一一年商法改正に関する議論は、その対象として商法上の親子会社を挙げていた。そのほかに、親会社株主から見ても、子会社取締役に実質的に会社運営を委任していると思われるか否かをメルクマーと<sup>9</sup>する学説もある。また、たとえば、親子会社であっても、親会社の子会社株式の持株数に責任追及を求める親会社株主の親会社株式の持株比率を乗じた結果が、一株以上となる場合にのみ株主代表訴訟の提起を認めるといふことも考えられよう<sup>10</sup>し、そもそも親子会社間を対象を限定することなく、甲会社株主の甲会社株式の持株比率と甲会社の乙会社株式の持株比率の積が乙会社株式一株以上に相当しさえすれば、あるいはおよそ甲会社が株式を保有しているすべての会社の取締役に対して、責任追及を認めるといふことも考えられないわけではない。

しかし、少なくともわが国において、甲会社が乙会社株式を一株しか保有していないような場合に、甲会社株主が乙会社取締役の責任を追及しつるといふ見解や、計算上、乙会社株式一株の保有に相当する甲会社株式を保有していれば提訴を認めるという見解は見受けられない。どの学説も、最低でも親子会社関係またはそれに近い状況を多重株主代表訴訟の要件としているのである。このことは、多重株主代表訴訟が、乙会社が乙会社取締役に対して有する権利を甲会社が代位行使し、それをまた甲会社株主が代位行使するという単純な図式で説明しつるものではないことを意味していると考えられる。もし、多重株主代表訴訟の構造を、通常の株主代表訴訟が重層的に繰り返されるものであると捉えようとすると、多重株主代表訴訟は、甲会社が株主代表訴訟を提起しつるあらゆる場合にいて、甲会社株主がこの提起権を行使しつる、すなわち甲会社が株式を有するあらゆる会社の取締役の責任を追及しつることになるはずだからである。

では、多重株主代表訴訟の法構造はどのように捉えられるべきなのであろうか。以下、多重株主代表訴訟の法構造を検討するが、それに先立ち、まず通常の株主代表訴訟の法構造を確認しておくこととする。

(6) 親会社株主も解釈上含みつる可能性を指摘するものとして、山田泰弘「企業結合と代表訴訟」②、高崎経済大学論集四五巻三号八〇頁。

(7) 完全子会社の場合を除けば、子会社の少数株主がこれを提起することは一応あり得るが、全くの他力本願である。

(8) 新谷勝「株主代表訴訟 改正への課題」二六五頁（中央経済社、平成二二年）。三重代表訴訟以下も認めず、完全親子会社間の一重株主代表訴訟のみが認められるとする。後掲三一（一）参照。

- (9) 法務省民事局参事官室・前掲注(4)第一編第二章2(3)。  
 (10) 山田泰弘「株主代表訴訟の法理 生成と展開」三二二頁(信山社、平成二二年)。  
 (11) 親会社の子会社株式を100株保有する場合には、提訴株主の持株比率が1パーセント以上であれば、二重株主代表訴訟の提起を認めるといふことである。  
 (12) 南陽基秀「判批」札幌学院法学一八巻二号二九頁は、理論的にはこのようになるとも考えられるとするが、結論として、親子会社間に限定する。浜田道代「役員義務と責任・責任軽減・代表訴訟・和解」商事法務一六七一号四三頁も参照。

## 二 株主代表訴訟の法構造

わが国における株主代表訴訟の法構造については、昭和二五年の導入当初から議論が行われており、最近に至るまで、さまざまな学説が提示されてきた。法構造に関する議論はすでに別稿にて検討を行っているが、多重株主代表訴訟の構造論を考える上で必要な範囲で、再度、議論を整理してみたい。

### 1 法構造に関する従来の学説

学説は大きく、株主代表訴訟を、株主が会社の権利を会社に代わって行使すると構成する学説(以下、代位訴訟的構成)と、株主は、株主・取締役間の関係に基づき独自の地位で取締役の責任を追及すると構成する学説(以下、当事者訴訟的構成)に分けることができる。

このうち代位訴訟的構成をとる学説は、株主が会社の権利を代わって行使しうる根拠により、株式債権説に基

づき、株主の債権者としての地位を根拠とする債権者代位訴訟説<sup>14)</sup>、株主代表訴訟は共益権に基づいて会社の権利を代位行使するとする共益権説<sup>15)</sup>、株主は団体の構成員たる地位に基づき、一定の状況下においては会社の権利を代位行使しうる権利を有するとする構成員説<sup>16)</sup>、株主は受益者の地位にあり、その地位に基づいて機能不全を起している本来の権利者に代わって権利を行使すると述べる受益者説<sup>17)</sup>に分けられる。

他方、当事者訴訟的構成に立つ学説には、主に訴訟法の見地から、株主代表訴訟をクラス・アクションの一種であると説くクラス・アクション説<sup>18)</sup>、株主と取締役間の実質的な委任関係を根拠に、形式的には代位訴訟であるが、実質は株主と取締役の間の訴訟であると構成する実質的委任関係説<sup>19)</sup>がある。

## 2 学説の検討

(一) 代位訴訟的構成と当事者訴訟的構成  
 まず、株主代表訴訟制度を代位訴訟的に構成するべきか、それとも株主・取締役間の二当事者訴訟と構成するかについて検討するが、この点については、代位訴訟的構成に立つのが正当であると考えられる。

当事者訴訟的構成は、取締役の行為によって、終局的には株主の持株の価値が低下するという経済的な実態に着目したものであり、株主代表訴訟の実質をよく捉えているといふことはできる。しかしながら、本来全く法的な関係を持たず、直接の権利義務関係に立たない株主と取締役の間で、なぜ訴権が生じるのかという点の説明に困難があるように思われる。米国においては、株主代表訴訟は株主と取締役の間の直接の訴訟であるとの理解が当初一般的であったが、これは株主・取締役間に信認関係が生じるという特有の事情が存在するからである<sup>20)</sup>。わが国における株主と取締役の間の関係は実質的な経済的關係にすぎず、法的にはあくまでも会社を間に介した権利義務関係として構成されているのである。たしかに、株主が取締役に自らの出資金を委ねているという実質がなければ、株主

が取締役の責任を追及することができないのは当然である。しかし、それはあくまでも株主に責任追及を認める最低限の必要条件にすぎないのであって、そのことだけで株主と取締役の間に訴権を跡づけるような法的関係を見いだすことは困難である。

他方、代位訴訟の構成は、株主代表訴訟の法構造についての説明として、より妥当であると考えられる。前述のように、わが国における株主と取締役の関係は、株主・会社間の法律関係と会社・取締役間の法律関係であると把握されていることから、取締役に對して権利を有するのは会社自身であり、この権利を株主・会社間の法律関係に基づいて株主が代位行使すると理解する方がより自然である。昭和二五年改正前商法においても、株主総会の決議による場合であれ、少数株主の請求による場合であれ、取締役の責任を追及する法的主体は一貫して会社自身であり、監査役か、または株主が選任した会社代表者が訴訟を進行していた（昭和二三年改正商法一七七条）。昭和二五年改正において、従来の制度に代えて株主代表訴訟制度が導入されたのであるが、その際においても、株主代表訴訟制度が、昭和二五年改正前の制度に代置されるものであり、株主要件の緩和という文脈でとらえられていたこと<sup>22</sup>と、訴訟法の側も、株主代表訴訟制度を法定訴訟担当と解していたなどに鑑みれば、昭和二五年改正の前後を通じて、取締役の責任追及についての法的な主体が会社であるとの理解は不変のものであったといえることができる。

## (二) 代位訴訟的構成の各学説の検討

代位訴訟的構成をとる各学説間においても対立は存在している。株主の提訴権の根拠として、株式債権説に基づきこれを債権（自益権）と構成する債権者代位訴訟説と、これを批判して、これを共益権であるとする他の学説<sup>24</sup>が対立してきた。

債権者代位訴訟説に対する批判は、構成員説<sup>25</sup>から詳細になされているが、これは至当であると考えられる。後述のように、債権者代位訴訟説に立てば、株主代表訴訟が単独株主権であることの説明にはなるが、単純な債権者代位訴訟のアナロジーのみでこの制度を説明することは適切ではないと思われる。他方、共益権説、構成員説、受益者説は、表現こそ違うものの、理論的な基盤には大きな共通点が見られる。すなわち、三説のいずれも、取締役の職務の結果として会社に生じる経済的な利害得失の最終的な帰属先が株主であるという経済的な実態に着目し、会社に生じた利害得失についての処分権限はあくまでも会社にあるという法的な前提を堅持する。そのうえで、株主代表訴訟制度を、本来の権利主体である会社と実質的な利害得失の帰属先である株主との関係において、株主が会社による損害の回復を期待しえない一定の事由がある場合に、株主が会社の有する権利を代わって行使する制度であると構成するのである。このような理解は株主代表訴訟の法構造の基本的な理解として正当であるように思われる。なかでも構成員説は、構成員が出資を理事者に委ねていることを提訴権の根拠とし、株式会社に限らず、非営利団体を含む団体一般につき、社員による理事者の責任追及制度の理論的根拠を明らかにしている。わが国においては、団体の構成員による理事者の責任追及訴訟は、個別の団体ごとの立法によって定められており、営利団体であっても制度を持つものと持たないものがあり、非営利団体も同様である<sup>26</sup>。このような立法状況の中で、提訴権の根源を、構成員が団体に抛出した財産の管理を理事者に委ねていることに求めつつも、団体の権利主体性を堅持して、一定の場合には構成員が団体の権利を代位行使しうると構成することにより、広く団体の構成員による理事者の責任追及訴訟を根拠づける構成員説は、非常に説得力のある議論であるように思われる。

他方、共益権説は、株主代表訴訟提起後の構造の説明としては適切であり、後述のように昭和二五年改正前の制度の理解との整合性もあるが、なぜ単独株主が共益権として訴訟を提起できるのかという点については、十分な説明を行っていないように思われる。また、受益者説は、株主の受益者の地位に着目していることから、その射程は営利団体に限定されるものであると理解されるが、前述のように、株主代表訴訟制度は必ずしも営利法人やその

他の利益を構成員に分配することを目的とする団体にのみ存在するわけではないことに鑑みれば、受益を根拠とするよりも、出資を委ねているという点を重視する構成員説の方がより妥当な説明であると思われる。

### (三) 構成員説の問題点と法構造に関する私見

以上のように、株主代表訴訟の法構造としては、構成員説に妥当性があるといえるが、その構成員説にも問題が存在する。すなわち、株主代表訴訟制度がなぜ単独株主権であるのか、また、なぜ単に会社に対して権利行使を強制するのではなく、当該株主が直接に取締役を相手取って訴訟を提起・追行できるのかとの疑問がなお残るのである。

この点、当事者訴訟的構成によるのであれば別段<sup>27)</sup>、代位訴訟的構成に立つ各学説においては、なぜ会社の権利の代位行使が単独株主に許されているのか、その根拠が十分に示されているとはいえないように思われる。

#### (1) 株主要件

株主要件の問題について、債権者代位訴訟（民法四二三条）においては、各債権者は他の債権者の意向とは無関係に第三債務者に対する訴訟を提起することができることから、同様に単独株主が株主代表訴訟を提起できるようにも思われるが、そのように考えることは妥当ではない。すなわち、各株主が有している終局的な経済的利害関係は、株主の出資に基づくものであって、その利害関係は債権とは異なり確定額の請求権ではなく持分に比例した割合的なものであるから、その利害関係に基づく責任追及の権限も当然に割合的なものにならざるを得ないはずであり、会社の損害額のすべてを単独株主が追及できることにはならないはずである<sup>28)</sup>。また、株主は債権者とは異なって会社の構成員であるから、会社の権利行使は終局的には多数決原理に従うことになるはずである。株主が取締役の責任を追及すべき権利を有するといっても、それだけでは単独株主が他の株主および会社の権利を勝手に処分し

うることを根拠づけることはできない<sup>29)</sup>。

そこで各学説は、会社経営陣の内部で生じうる提訴懈怠可能性を、株主の訴訟提起・追行権の根拠として挙げる。しかし、仮に会社が取締役の責任を追及しない蓋然性があるとしても、そのことが直ちに単独株主権としての提訴権を根拠づけるものとなるとは考えるべきではないように思われる。

会社（監査役）が経営上の判断として取締役の責任を追及しないとの判断を行った場合、株主総会によって選任された監査役の不提訴の判断は、つきつめれば資本多数決の帰結であって、理念的には多数株主の意思を体现するものである。すなわち、これは多数株主による不提訴の判断ともいえるのである。持分に応じた割合的な利害関係しか持たない単独株主が、なぜ多数株主の判断を理由を問わずに覆しうるのか、従来の各学説では十分に説明されていない。仮に責任を追及しないことが、監査役の懈怠によるものであり、多数株主の意に反するものであった場合には、当該監査役を解任して、取締役の責任を追及する新監査役を選任するのが本来のあり方である。解任が迂遠であるとしても、多数株主が会社に責任追及を強制したり、あるいは直接に責任を追及しうる制度（たとえば昭和二五年改正前のように、総会決議により監査役または指定した代表者に責任追及を行わせる）を設ければよいはずであって、単なる提訴の懈怠可能性だけでは、株主代表訴訟が単独株主権であることの説明にはならないのである。

以上のように、代位訴訟的構成に立つ場合には、株主代表訴訟が単独株主権であることを理論的に導き出すことは困難であるように思われる。そこで、なぜこのような結論に至るのかを考えてみると、実は、株主代表訴訟制度によって株主が取締役の責任追及を行いうるということが、個々の株主が固有に持つ権利であり、これが当然に単独株主権として認められるということが理論的必然であると考えることが自体に問題があるのではないか、むしろ株主代表訴訟制度は、理論的には必ずしも単独株主権でなくてもよいのではないかと思われるのである。

前述のように、提訴懈怠可能性というものを、少数株主の提訴の判断と多数株主の不提訴の判断の対立と捉えた場合、株主代表訴訟制度の意義は以下のように説明することができる。すなわち、取締役の責任追及については、多数株主が自ら選任した取締役の責任追及を行うことについて消極的になる蓋然性が高いことから、提訴に消極的な多数株主と積極的な少数株主の対立構造が生じ、その場合に少数派の利益が害される蓋然性があることを前提として、そのような状況下においては、少数派が、責任を追及しないという多数派の判断を覆すことができるようにする制度が株主代表訴訟である。株主代表訴訟における株主の提訴請求と監査役の不提訴の判断は、結局は少数派株主の判断と多数派株主の判断の対立に還元されるのであり、そこで少数派株主の判断が優先される制度であると捉えるのである。

このように解するのであれば、株主の持つ提訴請求権および代表訴訟提起権は、個々の株主が固有に有するいわば天賦の権利ではなく、本来は多数決原理に従うべき場合であるにもかかわらず、法が立法政策上、あえて少数派に不提訴の判断を覆すことを認めた権限であると理解する方がより自然である。株主代表訴訟制度は、株式会社において認められている他の監督是正権と同様の法制度なのであり、多数派の専横を防止し、株主による経営監督を図るため、法が一定の状況下につき、特に少数派株主に、多数派の判断を覆す権限を認めたものと考えられるべきことになる<sup>11)</sup>。無論、株主のこのような権限の根底には、構成員説が述べる、個々の株主が構成員として有する出資財産に対する追求権が存在するのであるが、具体的な権限として株主がこれ行使するには、あくまでも立法による根拠付けが必要であると考えらるべきである<sup>12)</sup>。

## (2) 株主の訴訟提起・追行権

第二の問題点である、株主がなぜ自ら訴訟を提起・追行しうるのかという点についても、従来の各学説は、これを当然のこととしているようであり、この点について特段の説明がなされているわけではない。この点も株主要件

と同様、代位訴訟的構成をとるのであれば、株主による提訴請求後の具体的な責任追及については、本来の権利者である会社にこれを行わせるという考え方も十分に成り立つ。現に、昭和二五年改正前の商法においては、取締役の責任追及の訴訟においては、原則として監査役または株主総会が定めた者が会社を代表し、例外的に、少数株主の請求による場合には少数株主が定めた者に会社を代表させることもできるとされていた（昭和一三年改正商法二七七条）。

この点について、現行法が提訴請求をなした株主に訴訟提起・追行権を与えているのは、立法にあたって米国の株主代表訴訟制度に倣ったことによるものであることは確かであろう。しかし、理論的に考えれば、これもまた立法政策上の問題であると考えられるのが妥当である。住民訴訟に関する地方自治法が改正され、住民が直接に訴訟を提起・追行していた従来の制度から、住民の請求に基づいて地方公共団体が訴訟を提起・追行する制度に改められたことも<sup>13)</sup>、この見解を裏付けるものである。

株主代表訴訟においては、昭和二五年改正に際し、監査役が取締役・会社間の訴訟に関する会社代表権を喪失し、取締役の責任追及についても代表取締役が会社を代表して訴訟を行うこととなったため、訴訟における馴れ合いが強く懸念されたこと、株主要件が従来の資本の十分の一から単独株主権とされたことにより、株主からの提訴請求が多発した場合の会社の訴訟追行にかかる費用その他の負担が懸念されたことから、むしろ提訴請求をなした株主自身に訴訟を進行させることが妥当であると考えられたと理解することができよう。このように考えれば、訴訟を進行する株主の地位は、昭和二五年改正前における、少数株主が定める会社代表者の地位を引き継ぐものであるということができ、この点については共益権説のうち、株主が代表機能的地位に立つとする見解に近い結論に至ることになる。



3 小括

以上の検討によって導かれる株主代表訴訟制度の法構造を再度整理すると以下のようになる。

すなわち、株主代表訴訟制度の根幹は、取締役の責任を追及すべきであるという少数株主の判断と多数株主の判断が異なる場合に、少数株主の判断によって多数派の判断を覆す点にある。株主自らが訴訟を提起・進行しうることは、訴訟のコスト負担、適切な訴訟進行の確保といった実質的な考慮に基づいて認められている、どちらかといえば技術的な問題である。

責任追及の判断の場面においては、株主は、抽象的には、構成員たる地位に基づいてこのような権利を有するということができるが、これが具体的に単独株主権として認められることについては、最終的には立法政策上特に認められた権限と解するほかない。訴訟進行の場面では、株主は会社の機関と類似の地位に立って訴訟を行うと理解されることになる。そして、このような株主代表訴訟制度の理解は、昭和二五年商法改正前における少数株主による取締役の責任追及制度（昭和一三年改正商法二六七条、二六八条）の法構造についての理解を基本的に引き継ぐものである。改正前の制度の趣旨は、会社機関の専横怠慢と多数横暴の弊害を緩和するために法が特に認めた制度であるとされていたが、昭和二五年改正前においてこれが単独株主権とされ、かつ監査役が業務監査権を喪失したことにともなって、訴訟追行権を監査役から株主に移したものと考えることができるのである。

このような制度の理解は、多重株主代表訴訟制度を解釈論上認めるべきであるとの立場とはあまり親和的ではない。私見としても、多重株主代表訴訟制度の存否は、通常の株主代表訴訟制度のありかた以上に立法政策上の問題という色彩が強いように思われる。とはいえ、本稿の主題は多重株主代表訴訟が導入された場合の法構造の検討であるから、以下では、通常の株主代表訴訟の法構造の議論をふまえて、多重株主代表訴訟の法構造を検討することとする。

- (13) 拙稿「株主権としての株主代表訴訟」(一)(二・完)「上智法学論集四一卷二号一九頁、三号二二頁、同「株主代表訴訟の法構造」私法六五号三三頁。
- (14) 松田二郎『株式会社の基礎理論』五三四頁(昭和一七年、岩波書店)、同『新会社法概論』一三七頁(岩波書店、昭和三二年)。
- (15) これまでの筆者の論稿(拙稿・前掲注(13)の各論文)では「機能的地位説」としていたが、公益権説とする方がより適切であるので、呼称を改める。公益権説は、株主代表訴訟の法的性質を代位訴訟であり、法が認めた公益権(監督是正権)のひとつであると解する。この公益権説に属する見解の多くは、提訴後の株主の地位を会社の代理人的地位であるとか、代表機能的地位であると理解している。この公益権説が昭和二五年改正当時の通説的な見解である。この立場に立つものに、島本秀夫「代表訴訟制度 米国法を斟酌して」同志社商学二巻四号三九頁以下(代位訴訟であり株主は会社の代理人的立場に立つとする)、中村武「改正株式会社法における株主の地位」(一)「法学新法五七巻七号二〇頁(株主は他人の権利を自己の名において行使とする)、北沢正啓「株主の代表訴訟と差止権」同『株式会社法研究』二九〇頁以下(有斐閣、昭和五一年)「初出、田中耕太郎編『株式会社法講座第三巻』(有斐閣、昭和三一年)」「株主は代表機能的地位に立つことを明言する。また、当時の一般的な概説書においてこの立場をとるものに、伊澤孝平「註解新会社法」四五二頁(法文社、昭和二五年)、大隅健一郎「大森忠夫・逐条改正会社法解説」二九六頁(昭和二六年、有斐閣)、大濱信泉「改正会社法概論」二二三頁(頸草書房、昭和二七年)、鈴木竹雄「会社法」一四〇頁(弘文堂、昭和一九年)、などがある(\*印は機能的地位に立つことをいうもの)。
- (16) 構成員説については、株主代表訴訟を代位訴訟性と代表訴訟性の二面性を有する訴訟であると説明されることから、これを本質的には当事者訴訟の構成と理解する立場もある(小林秀之「株主代表訴訟の構造と役員賠償責任保険」上)NB「五三三二号」二六頁、山田・前掲注(10)六一頁)。しかし、構成員説がいう「代表訴訟性」とは、提訴株主が他の株主を代表するという株主間の関係を説明するものであって、提訴権の根拠が、団体による責任追及の懈怠という構成員と団体の関係を求められていることからすれば、むしろ株主代表訴訟を代位訴訟的にとらえていると解するのが相当である。
- (17) 竹内昭夫「株主の代表訴訟」同『会社法の理論 総論・株式・機関・合併』二二三頁以下「初出、法学協会百周年

記念論文集第三卷（有斐閣、昭和五八年）。なお、岡田憲樹「改正株式会社における代位訴訟について」横浜大学論叢三巻三号五五頁は、改正後間もなく（昭和二六年）に、「……株式会社において、各株主は、その構成員として、会社に統一的に帰属せしめられた権利義務の法律関係に各自与するの關係にあるものと解され……会社が被った権利の侵害に對し、会社がその責任を追及しない場合においては、これに代って各株主が責任を追及しうる」と述べている。

(18) 池田辰夫「多数当事者訴訟における代表適格のついでの見え書 derivative suit（株主の代表訴訟）の視角から」司法研修所論集五九巻二一〇頁、同「株主の代表訴訟の法構造」阪大法字一四九＝一五〇号二二五頁、同「わが国における株主代表訴訟制度」阪大法字四〇巻三・四号三一九頁。

(19) 小林秀之「株主代表訴訟の手続法的考察」木川統一郎博士古稀祝賀論集刊行委員会編『民事裁判の充実と促進』「木川統一郎博士古稀祝賀」六〇三頁以下（判例タイムズ社、平成六年）。同「株主代表訴訟の沿革と手続的構造」小林秀之「近藤光男編『新版株主代表訴訟大系』一九四頁（弘文堂、平成一四年）。

(20) 山田・前掲注（10）五六頁。なお、ほぼ同様の法構造を提示するものとして、浜田・前掲注（12）四三頁。

(21) アメリカにおいては、株主代表訴訟は信託のアナロジーで捉えられ、株主を委託者、取締役を受託者とし、取締役は株主に對しても信認義務を負うと考えられている。なお、米国における株主代表訴訟の沿革と構造につき、拙稿・前掲注（13）「株主権としての株主代表訴訟」（一）二二頁および二一九頁注（7）掲出の各文献、山田・前掲注（10）一一頁以下参照。

(22) 第七回国会参議院法務委員会第五号（昭和二五年三月三日）岡咲発言、同衆議院法務・通商産業委員会連合審査会第一号（昭和一五年四月八日）門脇発言。

(23) 逆に、このような改正当時の学説状況に疑問を呈したのがクラス・アクション説である。同説は、法定訴訟担当との構成はクラス・アクションに対する理解の不足によるものである、と述べる（相澤光江「青山善充」内田信也「小林秀之」中島弘雅「座談会」『株主代表訴訟の手続的検討』ジュリスト一〇六二号二二頁「小林秀之発言」。なお、小林教授は当初、株主代表訴訟が形式的には訴訟担当と解されることを否定していなかった。小林・前掲注（16）二二六頁）。この点、少なくとも昭和二五年改正の時点には当事者訴訟的構成に立つ学説は存在しない。問題は、改正当時の学説の理解の妥当性で

あるが、訴訟法の側からは、訴訟担当との構成を否定して、原告株主の固有適格性を肯定しなくてはならない必然性には疑問が呈せられている（高田裕成「株主代表訴訟における原告株主の地位」『民商法雑誌』一一五巻四「五号五九頁、七〇頁」。さすれば、法定訴訟担当を否定するために、実体法上の権利義務關係について当事者訴訟的構成を無理に取る必要もまたない、ということになるのではないだろうか。

(24) 受益者説は、株主代表訴訟の法構造を債権者代位訴訟と共通のものであると述べるが、株式債権説に立つものではない。池田・前掲注（18）「株主の代表訴訟の法構造」一一二七頁注（6）、二六〇頁以下。

(25) 竹内・前掲注（17）二二三頁以下。なお、債権者代位訴訟説は株主代表訴訟提起権を自益権とすることから、共益権説とは当然両立しえない。

(26) 竹内・前掲注（17）二二六頁は、このような立法状況を批判し、本来、すべての団体において社員代表訴訟が認められるべきであるとする。しかし、後述するように、構成員説によって跡づけられる構成員の追求権は、あくまでも抽象的なものにすぎず、どの構成員に（少数社員権とするか単独社員権とするか）、どのような手段を認めるか（訴権を与えるか、責任追及を団体に強制する権限を与えるか）、換言すれば、追求権をどのように具体化するかという点については、別途の考慮が働くことになる。そのため、追求権を構成員の具体的な権限として具現化するに際しては、団体の特性その他の立法政策上の考慮に基づいて個別の立法が必要になると考える方が妥当である。

(27) 当事者訴訟的構成にたてば、本質的には個々の株主と取締役との關係のみから訴訟提起権が跡づけられるため、他の株主の事前の同意を必要とせず、他の株主との關係は訴訟告知等の手続保障の問題として扱われることになるため、単独株主権であることを比較的説明しやすい。実質的な権利者である株主が自ら責任追及を行うことになる、との帰結に至ることになる。山田・前掲注（10）六〇頁、六三頁以下。このように現在の株主代表訴訟制度を無理なく説明しうる点は当事者訴訟的構成の優れている点である。しかし、に關しては株主・取締役の關係に基づく権利であるならば、株主が自らの権利として処分しうるのは自らの出資に基づく部分に限定されるはずであり、他の株主の判断の如何にかかわらず（たとえ他の株主が提訴すべきでない）と判断したとしても）、単独株主が全株主の権利を一人で行使しうる根拠については、また別途の説明が必要になるのではないか。また、についても、実質的に取締役・株主間の訴訟と構成されるにもかかわ

らず、取締役の義務違反や抗弁はすべて会社との関係で論じられることとの整合性には疑問があるように思われる。

(28) 竹内・前掲注(17)二三七頁。債権者代位権を行使できるのは債権の保全に必要な範囲に限られる。我妻米。新訂債権総論(民法講義)一七〇頁(岩波書店、昭和三十九年)。

(29) 受益者説に立つとこの点は問題にならない(信託法二七条参照)。

(30) ただし、各学説間でニュアンスの違いがある。共益権説、構成員説はどちらかといえば、経営陣内部の特殊関係に基づく構造的な提訴懈怠可能性を重視する。他方、受益者説は、株主によってなされた提訴請求に対して会社が提訴の判断を下さないことを提訴権の根拠として重視する。

(31) これに対して、株主・会社間の出資契約は内部関係としては委任であるとして、株主・取締役は会社を介しての復委任となり直接の法的関係に立つことを強調し、株主代表訴訟提起権は法人構成員・業務執行者間の関係に基づく普遍的な権利であつて、会社法上の規定はこの普遍的な権利の行使要件を具体的に明らかにしたものにすぎないとの見解が主張されている(浜田・前掲注(12)四三頁)。しかしながら、株主代表訴訟において問題となる法律関係においては、あくまでも法的な権利帰属主体は会社であること——すなわち、出資された財産は内部関係としても会社に帰属するのであり、これを株主が会社に対して委任をしたと評価しうるかどうか疑問であること、このことから派生して、復委任と構成した場合、株主代表訴訟は委任者が復委任者に対して、受任者に生じた損害を受任者に返還するように求めることになること——を考えると、株主・取締役間を法的な意味での復委任と構成することには疑問がある。また、仮に復委任と解して当事者訴訟的構成を採ったとしても、なぜ他の株主の権利までも行使しうるのかの説明が必要になるように思われる(前掲注(27)参照)。ただ、私見においても、少なくとも実質的なものとして株主が出資を取締役に委ねているという関係が存在し、そのことが株主の提訴権の淵源であることは肯定しており、他方この見解も具体的要件は立法によって定まるとすることから、両者の相違はさほど大きくないと考えることも可能なかもしれない。

(32) このように解することによつてはじめて、同様の制度を持つ団体と持たない団体が混在すること、会社が不提訴の判断をした場合に、その不当性を主張することなく株主が自ら訴訟を提起・進行できること、昭和二五年改正前のわが国の取締役責任追及制度との関係、を整合的に説明しうるようになる。

(33) 平成一四年改正地方自治法二四二条の一第一項四号。行政訴訟と株主代表訴訟の違いはあるが、提訴請求者が訴訟を追行しない一例である。

(34) 片山義勝。会社法原論(増訂第五版)三九三・三九六頁(有斐閣、大正六年)、岡野敬二郎。会社法四二七頁(有斐閣、昭和四年)、田中耕太郎。改正会社法概論五三三頁(岩波書店、昭和一六年)。なお、田中耕太郎博士は、株主の提訴請求権を会社全体の利益のために与えられた公的性質のものであるとされる。

### 三 多重株主代表訴訟の法構造

#### 1 法構造に関する学説

多重株主代表訴訟の法構造については、以下の四つの学説が呈示されている。

(1) 一体説 株式の継続保有要件から解釈論による多重株主代表訴訟制度の導入は不可能であるとしたうえで、一体的な企業集団においては支配会社の株主が従属会社に対して実質的利害関係を有すること、および不当に支配力行使した支配会社が従属会社取締役の責任を追及することが期待しがたいことを理由に、立法論として多重株主代表訴訟を認めるべきであるとする。また、この見解は、いわゆる三井鉱山事件<sup>35)</sup>において、結果的には株主の多重株主代表訴訟提起権が認められ、ただ、損害賠償の帰属先が問題となると述べる<sup>36)</sup>。

(2) 復委任説 この見解は、通常の株主代表訴訟の構造論における、実質的委任関係説を承けて展開される議論である。すなわち、株主と取締役間に実質的な委任関係が存在することを前提とし、親会社が子会社の経営陣を選任・解任または監督する場合には、親会社株主から見れば子会社は復委任者に相当し、さらに法人格が抽象的人格的存在であつて、実質的には子会社取締役が親会社株主との関係で復委任者となることから、実質的委任者たる

親会社株主による、実質的復受任者たる子会社取締役の責任追及が認められるとするものである<sup>37)</sup>。このとき、多重株主代表訴訟制度は、本来の提訴権者である子会社および親会社が構造的に適切な判断ができない状況下において、利害関係者に対する手続保障をなしたうえで、親会社株主は、親会社が有する子会社における株主代表訴訟提起権を利用するものである、と構成される<sup>38)</sup>。

この見解によれば、親会社株主に多重株主代表訴訟の提起が認められるのは、原則として、親会社株主から見ても、子会社の事業が委任の本質といえる程に親会社にとって重要であり、子会社経営陣の選任についての株主権の行使が、重要な業務執行として親会社取締役会の決定事項となるような場合である（ただし、子会社の重要性の判断基準として完全子会社であるかどうかという基準を採用することも考えうる）、とされる<sup>39)</sup>。そのうえで、現行法の解釈として、商法二六七条一項、三項における「株主」という文言に「親会社株主」が含まれる、または同項の「会社」という文言に「子会社（孫会社）」が含まれると解することによって、現行法上も多重株主代表訴訟が認められるとする<sup>40)</sup>。

(3) 提訴懈怠可能性説 通常の株主代表訴訟を、会社の提訴懈怠に起因する会社の損害回復と株主の監督是正権を根拠とする法政策的な制度と解したうえで、親会社と子会社間の特殊な関係によって提訴が懈怠されることを根拠に、二重株主代表訴訟を認めるとする見解である<sup>41)</sup>。この見解は、多重株主代表訴訟の認められる範囲を完全親子会社に限定し、通常の親子会社間の二重代表訴訟や完全孫会社に対する三重代表訴訟等は認めるべきでないとする。すなわち、第一に、完全親子会社以外においては、子会社の他の株主による株主代表訴訟提起権が保障されており、また完全親子会社以外の親子会社間での二重株主代表訴訟を認める場合には、その基準が不明確になることを挙げて完全親子会社以外の二重株主代表訴訟を認めるべきではないとし、さらに、多重株主代表訴訟は例外的措置であり、わが国では判例の蓄積もないことから、三重代表訴訟を認めるべきではない、とする<sup>42)</sup>。また、この見

解は、二重株主代表訴訟を二段階、二重の代位構造を持つ訴訟であるとしつつも、その基本構造は通常の株主代表訴訟と変わらないとして、基本的には現行の株主代表訴訟に関する規定を適用すればよいとする<sup>43)</sup>。

(4) 実質的所有者説 通常の株主代表訴訟における構成員説を支持し、商法二六七条一項の「株主」とは、会社の実質的所有者たる地位に本質がある、としたうえで、親会社株主も、子会社の株主である親会社を通じて間接的に子会社の実質的所有者であるといえるので、同項の「株主」に含まれるとする。多重株主代表訴訟の射程については、理論的には、実質的所有者たる地位を根拠とすると、子会社に対する投資が一株分以上と評価される親会社株主に二重株主代表訴訟提起権が認められるが、濫訴の可能性や提訴懈怠可能性の見地から、対象は商法上の親子会社に限定すべきであるとする<sup>44)</sup>。また、商法二六七条一項の「株主」が株主名簿上の株主であるとの通説の見解に対しては、株主名簿は会社の事務処理を円滑に行わせるものであり、提訴請求と訴訟告知がなされれば会社の事務処理が混乱することもないことから、株主が株式保有を会社に対して証明すれば、株主名簿上の株主であることは要求しない、とする<sup>45)</sup>。

## 2 学説の検討

(1) 一体説 この見解が述べる、多重株主代表訴訟制度の導入の必要性に関する実質論は説得力を有するよう思われる。ただ、三井鉱山事件を株主の多重代表訴訟提起権の手がかりとしている点については疑問がある。たしかに同事件では子会社に生じた損害が問題とされたが、そこで争われたのはあくまでも親会社取締役の責任であり、子会社取締役の責任ではない。仮に、完全子会社取締役が、親会社からの何らの不当な介入のない場面で子会社に損害を与えた場合であれば、三井鉱山事件のように親会社取締役の責任が認められたかどうかは疑問であろう。

(2) 復委任説 この見解は、通常の株主代表訴訟における実質的委任関係説と同一線上にある学説であり、基

本的に実質的委任関係説に対する批判が該当する。一方、多重株主代表訴訟制度の見地からすると、たしかに、親会社株主から見た実質的な経済的利益状況としては、親会社株主の出資を親会社取締役が子会社に投下し、それを子会社取締役が運用しているということができるから、そのような実質に即した理論構成であると評価することができる。しかし、法的な構成としてはいくつかの疑問を呈さざるを得ないように思われる。

その第一は、子会社取締役を法的な意味での復委任者と捉えることの意義である。この見解は、子会社取締役の地位について、親会社によって選任、監督されるような状態にあれば、これを復委任者と見ることができるとする。しかし、親会社が経営陣を選任し、経営を監督するという状態は、端的に子会社が親会社の支配下にあると評価すれば足り、そのような場合に多重株主代表訴訟制度を認めるべきである、とすればよいようにも思われる。ここに復委任の関係を導くにあたっては、親会社株主と親会社取締役の関係を委任とするために親会社の法人格を捨象し、親会社取締役と子会社を復委任とするために、親会社と親会社取締役を同一視し、さらに親会社取締役と子会社取締役との関係で子会社の法人格を捨象する、というプロセスを経ることになるが、非常に技巧的な構成であるといわざるをえない。

第二に、多重株主代表訴訟の対象となりうる子会社の範囲を、親会社株主から見ると、その経営が委任の本旨といえるほどに重要な子会社とする点に問題があるように思われる。そもそも、子会社が親会社にとって重要か否かで多重株主代表訴訟の対象となるか否かを区分することに疑問がある。仮に損害が生じたのが親会社自身の営業部門であったとすれば、その営業部門が会社にとってどの程度重要であるかということが、株主代表訴訟の成否を左右することはないはずであり、子会社の場合においてのみ、そのような考慮が必要であるとはいえないように思われる。<sup>(46)</sup>この点に関して復委任説は、子会社の重要性は必ずしも子会社株式が親会社にとって主要な資産といえるかどうかで判断されるわけではないとする。たしかに子会社株式の資産価値のみで子会社の重要性が測られるわけでは

ないが、子会社が親会社にとって重要であるかどうか、という判断においては、子会社自体の価値と親会社の持株比率を相關的に考慮するのが自然であり、単純に持株比率のみで子会社の重要性を判断するのは妥当ではないであろう。加えて、仮に子会社の事業の規模や内容によって、「委任の本旨といえるほどの重要な子会社」に該当するかどうか左右されるのであれば、子会社ではないが、自社にとってきわめて重要な他の会社の取締役もまた、多重株主代表訴訟の対象になるのではないかと、この点に関して復委任説は、当該他の会社の取締役の選任、監督が自社によって行われる場合に、多重株主代表訴訟の対象になるとしているため、子会社にあたらぬ会社においては、多重株主代表訴訟は問題とならないようにも思える。しかしながら、通常の場合には、取締役の選任を確実にコントロールするには過半数の議決権の保有が必要であるものの、累積投票や選任に関する種類株式を用いれば、過半数の持株比率に至らなくても取締役を選任することが可能であって、選任・解任権限をメルクマールとした場合には、多重株主代表訴訟の射程は親子会社からさらに広がるようにも思える。<sup>(47)</sup>また復委任説は、多重株主代表訴訟制度を、親会社株主が親会社の有する株主代表訴訟提起権を行使するものであると理解しているようであるが、この場合の親会社の株主代表訴訟提起権は、仮に親会社の持株比率が過半数を割ったとしても（最終的には一株のみの持株となっても）失われなければならないから、自社が被告となるべき取締役を選任している限り、持株比率とは無関係に、重要である他の会社の取締役一般に対して多重株主代表訴訟が認められるとの結論に至るようにも思われる。だとすると、なぜ多重株主代表訴訟の対象が親子会社に限定されるのかという点の説明も必要にならう。

(3) 提訴懈怠可能性説 この見解は、株主代表訴訟を政策的に特に認められた制度であると位置づけており、この点では前節で述べた私見と共通するものであると考える。また、制度の実質的な意義を、親会社による提訴懈怠可能性に求める点も正当であろうと思われる。しかしながら、多重株主代表訴訟制度の射程を完全親子会社に限

定する理由付けに疑問がある。この見解は、完全親子会社以外の親子会社関係の下では、親会社以外の子会社株主が存在し、その親会社以外の株主による株主代表訴訟の提起が保障されていることを、完全親子会社においてのみ二重株主代表訴訟を認める根拠として挙げている。しかし、親会社以外の株主が株主代表訴訟を提起することが可能であることを以て多重株主代表訴訟を否定すべきではない。なぜなら、多重株主代表訴訟を提起するような場面において、親会社株主は、親会社自身が子会社株主として子会社取締役の責任を追及しないことを問題としていたのであって、そのような場合の親会社株主の救済手段として多重株主代表訴訟制度が存在するはずだからである。子会社に親会社以外の少数株主が存在するかどうか、存在した場合に取締役の責任を追及するかどうかは、親会社が子会社取締役の責任を追及すべきであるか否かを左右するものではないのであって、子会社に、親会社以外の株主が存在するか否かという事情のみによって、多重株主代表訴訟が認められるか否かが異なるという結論は妥当ではないと考える。

(4) 実質的所有者説 この見解に対しては、通常の株主代表訴訟において指摘した構成員説の問題点がそのまま当てはまる。すなわち、株主の会社の実質的所有者たる地位というのは、株主が取締役の責任を追及しうる根拠の淵源ではあるものの、具体的な制度として、単独株主が直接に取締役を訴えつることを直ちに導くものではない。しかも、多重株主代表訴訟の場面においては、株主は自ら出資をしているわけではなく、出資した会社がさらに出資をするという関係なのであって、このような実質的な経済的関係のみから、株主が、他の会社の取締役を訴える権限を有するとの結論を直ちに導くことはできないといふべきである。

#### (5) 小括

わが国における多重株主代表訴訟制度の法構造についての議論は、まだその歴史も浅く、必ずしも十分なものであるとはいえないように思われる。通常の株主代表訴訟の構造論において、信認関係、衡平法という概念を有しないわが国においては、株主と取締役の法的関係を跡づけることが困難であることは前節で指摘したが、多重株主代表訴訟制度においては、さらに親会社と子会社が法的には別人格であることから、子会社取締役が親会社または親会社株主に対して法的な責任を追っている構成することはさらに難しくなっている。その意味では、わが国の株主代表訴訟を当事者訴訟的構成で捉えることの困難さが多重株主代表訴訟において顕在化したということも可能であろう。また、一体説が示すような、親子会社の一体性ということのみから多重株主代表訴訟を根拠づけることも困難であるように思われる。他方で、提訴懈怠可能性説が述べるように、結果的に子会社取締役の責任が追及される可能性があるかどうかという点から多重株主代表訴訟を認めるべきであるか否かを論ずることも妥当ではない。

以上のように、多重株主代表訴訟の法構造をめぐる議論に問題点が見いだされるのは、そもそも、株主代表訴訟制度を、「単独株主が直接に取締役の責任を追及する制度」と理解する点に問題があるためではないかと思われる。すなわち、多重株主代表訴訟制度においては、甲会社株主が直接に乙会社取締役の乙会社に対する責任を追及する制度であるとの構成を取ることが、法構造の理解を困難にしているように思われるのである。むしろ前節で検討したように、株主代表訴訟制度を、責任を追及するか否かの判断の場面と、責任を追及する訴訟の場面に分けて考えることで、多重株主代表訴訟制度の法構造をより妥当に解することが可能になるのではないかと考える。

### 3 多重株主代表訴訟の法構造

二一以下において検討したとおり、株主代表訴訟の本質は、会社経営陣、ひいては多数株主による、取締役の責任を追及しないとの判断を、少数株主が覆しうる点にあると考える。その後、誰が当事者として訴訟を提起・進行するかということは、むしろ実質的、技術的な見地から政策的に決定されるべき事柄である。株主代表訴訟制度の法構造を私見のように解した場合、多重株主代表訴訟の法構造はどのように理解されることになるだろうか。

## (一) 責任追及の判断と多重株主代表訴訟の射程

責任追及の判断の場面において、権利を行使するか否かについての経営陣または多数株主の判断を少数株主が覆すという構図は、通常の株主代表訴訟と多重株主代表訴訟で共通するものである。ただし、甲会社から見ると、権利行使の相手方が自社の取締役ではないこと、および、乙会社、乙会社株主から見ると、多重株主代表訴訟制度が提起されることで、乙会社の判断を覆す結果を招くことがありうること、の二点は多重株主代表訴訟と通常の株主代表訴訟で異なる点である。

## (1) 社外の第三者を対象とする株主代表訴訟

株主代表訴訟制度による責任追及の対象——換言すれば、経営陣、多数株主の不提訴の判断を少数派が覆すことが認められる場合——となるのは、本来は、自社の取締役およびその他の会社経営陣であって、少数株主が、社外の第三者に対する会社の権利行使について判断を下すことは原則として認められていない<sup>49)</sup>。しかし、新株発行に際して取締役と通謀して著しく不公正な価額で株式を引き受けた者に対する株主代表訴訟は昭和二五年改正当時から認められており(商法二八〇条ノ一第二項)、また、株主の権利行使に関する利益供与における利益の受供与者についても、利益供与禁止規定の導入時より株主代表訴訟の規定が準用されている(商法一九五条四項)。このように、現行法上も一定の事情の下では、会社経営陣以外の人物を相手取っての株主代表訴訟が認められている。その理由として、通謀新株引受人については、取締役と通謀した人物に対して訴訟を提起することは期待しがたいこと<sup>50)</sup>、利益受供与者については、返還請求を行うならば最初から利益供与など行わないし、返還請求は利益供与の担当者につき利益供与罪(商法四九七条)等の自由に等しいため、返還請求が期待しがたいことが挙げられている<sup>51)</sup>。このことからすれば、通謀新株引受人や利益の受供与者に対してのものと同程度の提訴懈怠可能性が存在するので

あれば、他社の取締役の責任を追及する場面において、多数株主の判断を覆して責任を追及することを認める合理性は一応肯定されることとなる。問題は、どの範囲の会社を多重株主代表訴訟制度の対象とするか、すなわち多重株主代表訴訟制度の射程をどうするかということであるが、大雑把に言って、提訴懈怠の可能性は完全親子会社において最大となり、独立した会社間で最小となるといってよく、株主代表訴訟制度を、多数派(または多数派によって選任された経営陣)が、自ら選任した(同僚である)取締役の責任追及を懈怠する蓋然性に備える制度であると考えるならば、一応、商法上の親子会社関係の有無がひとつの分かれ目となると考えられよう。しかし、多重株主代表訴訟を認めるか否かは、他の第三者に対する株主代表訴訟と同様、どのようなガヴァナンス体制を構築することが最も適切であるかどうかという視点から、立法政策上の問題として決定されるべきものである。すなわち、親子会社取締役の子会社に対する責任を追及するか否かの判断権限を、原則に従って親会社経営陣に与えるのか、それとも親会社の多数株主や親会社経営陣が責任追及を懈怠するおそれがあることに鑑みて、親会社の少数派株主に判断権限を留保する方が適切であるのかは、わが国の結合企業におけるガヴァナンスの制度設計の一環として考慮、決定されるべき立法政策上の問題であり、また、どの程度の持株比率の会社を多重株主代表訴訟制度の対象とするのかといったことについても同様であると考えるべきであろう<sup>52)</sup>。

## (2) 判断の衝突と多重株主代表訴訟の射程

むしろ問題となりうるのは、多重株主代表訴訟においては、株主は自社の権利ではなく他の会社が有する他の会社の取締役に対する権利を行使するという点である。他の会社がその会社の取締役の責任を追及するかどうかの判断は、本来当該他の会社自身が行うべきものだからである。この場面では、多重株主代表訴訟制度の射程をどのように考えるかで大きく考え方が異なることになる。この点、提訴懈怠可能性説のように、多重株主代表訴訟の対象を完全親子会社に限定するのであれば、特に問題は生じない。完全子会社の判断は一〇〇パーセント株主である

完全親会社のみ意向によって定まるため、完全子会社の局外株主を考慮する必要はなく、子会社取締役の責任追及を行うか否かは純粋に完全親会社の意思によることから、完全親会社の意思決定方法のみが問題となるからである。他方、完全親子会社以外であっても多重株主代表訴訟を認める場合には、子会社（仮に対象を子会社に限らないのであれば本来の権利者である他の会社）およびその株主の判断との整合性を考慮しなければならぬことになる。

ところが、この点については従来の各学説は特段の検討を加えておらず、もっぱら親会社および親会社株主の視点から多重株主代表訴訟の必要性やその射程を論じている。このように子会社の局外株主の存在が特にとり上げられてこなかったのは、多重株主代表訴訟制度を、通常の株主代表訴訟を何層かに重ねていわばそれを串刺しにしたものであるとの理解があるからではないだろうか。多重株主代表訴訟を、親会社株主が親会社の有する株主代表訴訟提起権を行使するものであると捉えた場合には、親会社の有する株主代表訴訟提起権は、単独株主権として子会社他の株主の意向とは無関係に行使できることから、多重株主代表訴訟制度を考えよう。子会社の局外株主の判断を考慮する必要はなくなる。しかし、多重株主代表訴訟制度を通常の株主代表訴訟の串刺しと考えて子会社の局外株主を全く考察の外におくのは妥当ではないと思われる。

仮に、串刺し的な構成をとった場合、理論的には多重株主代表訴訟制度の射程は限りなく広がり、甲会社が乙会社株式を一株でも有していれば、甲会社株主は、単独株主権である、甲会社が有する株主代表訴訟提起権を代位行使して、乙会社取締役を訴えることが可能になる。しかも、仮にこのように一株の持株関係で多重株主代表訴訟の提起権が根拠づけられるとすれば、甲会社の株式一株を有する他の会社の株主が三重株主代表訴訟を提起することも可能になり、この連鎖はとぎれることなく続くことになる<sup>54)</sup>。だが、多重株主代表訴訟制度の射程がこのように広範なものであると考えることはできない。前述のように、株主代表訴訟提起権の根拠は、その淵源は株主の出資

に対する追求権に求められることから、持株の連鎖がある限り割合的な出資の連鎖もあるのであって、抽象的な追求権そのものは存在しているということは可能であるかもしれない<sup>55)</sup>。しかし、具体的な制度としての株主代表訴訟は、多数株主およびその多数派によって選任された会社経営陣が、自ら選任したあるいは同僚である取締役の責任追及を怠る蓋然性が存在することに鑑み、少数派株主が多数派による不提起の判断を覆すことができるように、立法政策上特に設けられた制度である。多重株主代表訴訟制度において、前記のごとき連鎖を肯定するとすれば、甲会社の少数派株主が判断を覆す場合にはその反射的效果として乙会社の不提起の判断も覆されることになるが、株主代表訴訟制度の具体的な制度としての存立の根拠を私見のように解するとすれば、株主代表訴訟制度は株主間（または株主・経営陣間）の判断の衝突という会社内部の対立を調整する制度であるから、この衝突の外にある他会社がなすべき提起・不提起の判断までも左右することは原則として許されないはずである<sup>56)</sup>。乙会社および乙会社株主からすれば、甲会社が乙会社株主として有する株主代表訴訟提起権は、あくまでも乙会社内部での株主の意思決定を乙会社の少数派株主が覆すという、例外的な多数決原理の変更なのであって、乙会社株主たる甲会社の株式を保有しているというだけの関係から、乙会社の構成員ではない甲会社株主の意向によって、自らがなした不提起の判断が変更されることを正当化することはできないと考えるべきであろう。

このように考えると、多重株主代表訴訟制度によって甲会社株主が乙会社取締役の責任を追及しうるのは、甲会社株主によってなされた責任を追及するとの判断を、乙会社他の株主が覆しえない場合に限定されると考えるべきであると思われる。ここで判断を覆しえない場合とは、一般的にいえば甲会社が乙会社の議決権の過半数を有している場合のことであり、これはすなわち、商法上、甲会社が乙会社の親会社とされる場合である。多数派株主が責任追及を行うとの判断を行った場合に、少数派がこれを覆すことは許されていないからである。また、このようない方をすることも可能であろう。仮に株主代表訴訟制度というものが存在しない場合を考えてみると、甲会社



株主が乙会社取締役の乙会社に対する責任を追及するためには、甲会社において多数決原理に従って乙会社株主として責任追及を行うことを決定し、さらに乙会社株主として乙会社において多数決原理に従って、乙会社取締役の責任を追及することを決定することになるはずである。株主代表訴訟制度は甲会社株主が甲会社の多数決を覆すことは認めているが、乙会社の多数決を覆すことは認めていない。よって、多重株主代表訴訟が許されるのは、乙会社の多数決を覆さない範囲、すなわち甲会社が乙会社の議決権の過半を有しており、親会社と評価される場合に限り、と。<sup>57)</sup>

### (3) 小括

以上のように、多重株主代表訴訟制度を複数の株主代表訴訟をいわば串刺しにしたものであると理解することは適当ではない。多重株主代表訴訟制度を基礎づけるのは、甲会社株主が甲会社株式を有し甲会社が乙会社株式を有するという出資の連鎖ではなく、したがって、多重株主代表訴訟は、甲会社が乙会社株主として有する株主代表訴訟提起権を甲会社株主が代位行使するものではない。多重株主代表訴訟制度は、乙会社取締役の責任を追及するか否かを決定するのは乙会社および乙会社株主であるという前提の下、甲会社が乙会社の意思決定をコントロールできる場合に、甲会社が乙会社の多数株主となした、乙会社取締役の責任追及を行わないとの判断を、甲会社の単独株主が覆すことを認めたものである。よって、多重株主代表訴訟が認められるためには、少なくとも甲会社は提訴、不提訴についての乙会社の意思決定を確実に支配できていなければならないのであり、これはすなわち、甲会社が乙会社の議決権の過半数を有しており、商法上の親会社と評価される場合でなければならないことになる。

### (二) 多重株主代表訴訟における訴訟追行権者

前述のように、株主代表訴訟において、株主が訴訟提起・追行権者とされる理由を、訴訟追行にともなう負担の適切な配分、馴れ合い訴訟の防止といった、いわば技術的な要素によって政策的に定められたものであると解する限り、多重株主代表訴訟においても、提訴の判断をなした甲会社株主がそのまま訴訟を提起・追行することについて、理論上特に問題となる点はないように思われる。ただし、実際の訴訟提起においては、現行の通常の株主代表訴訟における規定との関係で検討を要する点がいくつか存在する。

その第一は株式の保有要件である。現行法は通常の株主代表訴訟提起の要件として六ヶ月以上の株式保有を要求していることから（商法二六七条一項）、多重株主代表訴訟の場合にこの要件をどのように考えるかが問題になる。甲会社株主が多重株主代表訴訟を提起するにあたり、六ヶ月以上甲会社の株式を保有していなければならないことについては、現行法の規定の趣旨からしても当然のこととして認められよう。問題は甲会社が乙会社株式を六ヶ月以上保有していなければならないか否かという点である。この点については、六ヶ月保有の要件が定められた趣旨が濫訴防止にあることから、濫訴目的で他の会社の株式を取得することを防止するために、甲会社が乙会社株式を六ヶ月以上保有することを要件とすることも考えられなくはない。しかし、多重株主代表訴訟が甲会社が乙会社の議決権の過半数を有している場合に限られるのであれば、このような考え方をとる必要はないと思われる。議決権の過半数を有しているのであれば、正規の多数決手続によって取締役の責任を追及できるのであり、この場合には株式を六ヶ月以上継続して保有しているかどうかは問題とならないからである。

第二に、提訴請求とその後の会社の考慮期間、すなわち提訴請求を誰にどの順序で行い、会社の考慮期間はどのように定まるのが問題になる。通常の株主代表訴訟において訴訟提起に先立って、株主が会社に対して提訴請求をすることが要求されるのは、真の権利者である会社に対して、取締役の責任を追及するか否かの判断の機会を与

えるためであるとされている。<sup>(35)</sup> このことから考えれば、乙会社取締役の責任を追及するか否かの判断は本来乙会社が行うべきであるので乙会社への提訴請求は必要であろう。さらにその前段階として、甲会社が乙会社株主として乙会社の取締役の責任追及を求めるとの判断を下すことが要求されるから（甲会社が乙会社取締役の責任追及を求めないのであれば、甲会社株主は提訴の基盤を失う）、甲会社に対しては、乙会社取締役の責任追及を甲会社自らがなすか否かの判断を求める請求も必要になる。ここで理論的に考えれば、まず甲会社に対して請求をなし、甲会社の考慮期間の満了を待ってはじめて乙会社に対して提訴請求をなすということになりそうであるが、このように日程をずらして二段階の請求とすることが必ずしも合理的であるとは思えない。真の権利主体である乙会社の経営陣からすれば、甲会社自身から責任を追及すべきであるとの意思表示がなされた場合と（甲会社は乙会社の多数株主であるので甲会社自身が株主代表訴訟を提起しなくても乙会社取締役の責任追及の途はある）、甲会社株主から提訴請求がなされた場合のいずれにおいても、乙会社取締役の責任追及がなされることは避けがたい（仮に乙会社経営陣が不提訴の判断を下しても必ず覆される）のであるから、甲会社株主としては、甲会社と乙会社に同時に請求をなせばよいと思われる。

- (35) 最高裁判平成五年九月九日判決民集四七巻七号四八一―四頁。一〇〇パーセント親子会社において、親会社の合併に反対する親会社の株主の保有する株式を完全子会社に買い取らせ、買い受けた株式の売却損が子会社に生じたことについて、親会社の株主が親会社取締役の責任を追及した事案。原審は、子会社に損害が生じたことを認定した上で、一〇〇パーセント子会社であることから子会社の損害全額が親会社の損害になるとして、親会社取締役の親会社に対する損害賠償責任を認め、最高裁もこれを支持した。
- (36) 周劍龍。株主代表訴訟制度論 二九五頁（信山社、平成八年）。
- (37) 山田・前掲注（10）三二〇頁。

- (38) 山田・前掲注（6）七九頁。
- (39) 山田・前掲注（6）七九頁。
- (40) 山田・前掲注（6）八〇頁。
- (41) 新谷・前掲注（8）二六四頁。なお、同書二六一頁は、現行商法の規定は二重株主代表訴訟制度を排斥しておらず、また、昭和二五年改正当時にはすでに米国において二重株主代表訴訟が認められていたとして、わが国においても解釈上二重株主代表訴訟の提起が認められるとする。しかし、わが国において現在の親子会社の関係を規律する規定が設けられたのは昭和四九年改正においてであり（昭和四九年改正商法二七四条ノ三）、昭和二五年商法改正当時において子会社取締役に対する株主代表訴訟の提起が考慮されていたと考えることはできないであろう。
- (42) 新谷・前掲注（8）二六五頁。
- (43) 新谷・前掲注（8）二六四頁。
- (44) 南隅・前掲注（12）一一六頁以下。
- (45) 南隅・前掲注（12）一一〇頁。
- (46) たとえば、会社がA Bの二つの事業部門を持っており、Aはきわめて重要な営業部門、Bは重要でない営業部門であったとする。取締役がA部門に関する職務執行によって会社に損害を与えた場合とB部門に関して損害を与えた場合で、株主による責任追及の可否に差は生じない。その後、これを会社分割等によって別々の子会社に移転した場合に、A部門を承継した子会社は多重株主代表訴訟の対象となり、B部門を承継した子会社はならない、という結論には疑問がある。
- (47) 山田・前掲注（10）二四九頁においては、親子会社関係を示す語を商法上の意味より拡張して、継続的に実質的に支配するに足る株式の所有関係がある会社に用いることから、この議論においても同様に解することは可能である。とはいえ、取締役の選任権をメルクマールとした場合、たとえば、甲会社が乙会社の議決権の割しか有していない場合であっても、累積投票によって甲会社が推す人物が選任され、その人物が会社に対して責任を負うような場合には、多重株主代表訴訟が肯定されることになるのである。後に検討するように、多重株主代表訴訟が許されるか否かのメルクマールは、甲会社がなす乙会社取締役の責任追及の判断が覆ることがないかどうかという点にあるべきであるから、

仮に取締役の選任・解任権を問題にするのであれば、そのことによって経営陣の意思決定を支配しうるか否かということが問題にされるべきではないかと思われる。

(48) 後述するように、許容される射程の範囲内で多重株主代表訴訟をどのような要件の下に認めるかという点は、結合企業のカヴァランス体制をどのようなものとするべきかという立法政策的な見地から判断されるべきことである。ただ、そもそも多重株主代表訴訟制度は、親子会社において、子会社取締役の責任追及を株主が直接行うことができず、いわば他力本願になってしまつたという弊害を防ぐことが導入の眼目として論じられているのであるから、立法政策上の判断に際しては、親会社が責任追及を懈怠する蓋然性とそれによって引き起こされる弊害がもつぱら考慮の対象となるべきである。

(49) 当然のことながら、明文で規定されていない者を株主代表訴訟の被告として提訴することはできない。なお、大阪地裁昭和三十八年八月二日判決判例時報三八〇号七八頁は、株主が債権者代位権（民法四二三条）を行使して第三者を訴えた事案につき請求を棄却している。

(50) 上柳克郎「鴻常夫」竹内昭夫『新版注釈会社法』(7)二八〇条ノ一 二二「近藤弘二」(有斐閣、昭和六二年)。

(51) 上柳克郎「鴻常夫」竹内昭夫『新版注釈会社法』(8)二九四条ノ一 一一「関俊彦」(有斐閣、昭和六三年)。

(52) ここで問題としているのは、他の局外株主が責任を追及する可能性の問題ではなく、乙会社または甲会社による責任追及が懈怠されるか否かである。

(53) 山田泰弘「中東正文」代表訴訟制度の課題」私法六五号一五一頁（第六六回私法学会商法ワークショップ要旨）(参照)。

(54) ただし、多重株主代表訴訟を複数の株主代表訴訟のいわば串刺しであると考えとしても、そのほかの要素によって多重株主代表訴訟の射程が限定されることはありうる。たとえば復委任説は、親会社にとって重要であるかどうかというメルクマールを用いて多重株主代表訴訟制度の射程を限定し、実質的所有説は、監訴防止と提訴懈怠可能性の高低から、対象を親子会社に限定する。このようにすれば、本文で述べるような、多重株主代表訴訟が無限に連鎖するという不都合は回避することができる。しかし、このような限定はいわば親会社（本文の説例でいえば甲会社）および親会社株主の視点からのものであつて、子会社（本文の説例でいえば乙会社）および子会社株主の視点で設けられた限界ではない点に留意する必要がある。

(55) 南隅・前掲注(12)一一九頁は、具体的な権利性まで認める。

(56) このことは、社外の第三者を相手取つた株主代表訴訟が認められないとの意味ではない。

(57) この親子会社という基準は、多重株主代表訴訟のいわば最大射程を定めるものであり、カヴァランスの問題としてこの射程をより短くするような制度設計がなされることはありうる。

(58) 江頭憲治郎「株式会社・有限会社法」第二版「三七六頁」（有斐閣、平成一四年）。ただし、株主が提訴請求を行わずに提訴した場合に、六〇日を経過してもなお会社が提訴をしない場合や、期間経過を待たずに会社が不提訴を明言したような場合に、裁判所が訴えを不適法なものとして却下すべきかどうかについては見解が分かれている。上柳克郎「鴻常夫」竹内昭夫『新版注釈会社法』(6)二六七条 二四 二五「北沢正啓」(有斐閣、昭和六二年)。

#### 四 多重株主代表訴訟の導入

##### 1 多重株主代表訴訟のわが国への導入

株主代表訴訟の法構造につき、私見のように、これを多数派および多数派に選任された経営陣の不提訴の判断に対し、これを少数派の株主が覆すことを法が特に認めた制度であると解すると、通常の株主代表訴訟においてすでに、具体的な制度の導入には立法が必要であると解されることになり、多重株主代表訴訟についても、その法構造から、これを解釈上導入することには否定的な方向へ向かわざるをえないことになる。また、現行法の解釈として、商法二六七条にいう「株主」は株主名簿上に記載された株主を指すと考えられていることから、<sup>59)</sup>子会社の株主代表訴訟の提起権者に親会社株主を含めることは困難であるし、同条の「取締役」に子会社取締役を含めようとしても、監査役等の取締役以外の者を被告とする場合には個別の規定が置かれ、商法二六七条以下の規定を準用する規定構造であることに鑑みれば、別法人の取締役を解釈上含めることもまた困難であるといわざるをえない。このように

考えると、現行法の解釈上、多重株主代表訴訟の提起が可能であるとの見解をとることはできないといふべきである。<sup>65)</sup>

しかしながら、導入に立法が必要であると述べることは、多重株主代表訴訟の導入に否定的であることを意味するわけではない。多重株主代表訴訟に消極的な見解は、その根拠として、株主は資本多数決に従って親会社形態を選択したのであり、親会社取締役の責任追及で満足すべきであり、<sup>66)</sup> かつ親会社株主は子会社の管理を親会社取締役委任しており、親会社取締役が責任追及を懈怠した場合には親会社取締役の責任を追及しるのでこれ以て足りる、とする。しかし、たとえば自社の営業を子会社に移管することによって取締役が責任追及を免れるということが常に許されるとすれば、親会社形態の選択に反対した少数派株主の救済は大きく損なわれることになる。多数派の判断に対する少数派の救済という多重株主代表訴訟の制度趣旨からすれば、多重株主代表訴訟を導入すべきであるとの意見には十分な合理性がある。

## 2 株式交換・株式移転と多重株主代表訴訟

多重株主代表訴訟の導入に関連して、目下、最も問題となっているのが、株式交換・株式移転と株主代表訴訟の関係である。これは、株主代表訴訟提起後に株式交換・株式移転が行われ、原告株主が親会社に収容された後の株主代表訴訟の帰趨をめぐる問題であり、近時、親会社に収容された提訴株主は従前の会社（株式交換・株式移転によって完全子会社となっている）における株主代表訴訟の原告適格を喪失するとして、株主代表訴訟を却下する判例が相次いでいる。<sup>67)</sup> 学説の多くはこの判決の結論に対して批判的であり、株主の原告適格は維持されるべきであると述べている。<sup>68)</sup>

この点についての詳細な検討は別稿に譲ることとするが、結論からいえば、原告適格を喪失するとして一連の判決には疑問がある。問題は、形式的には株主代表訴訟を提起していた会社の名簿上の株主ではなくなってしまう株主の原告適格をどのように基礎づけるかということであるが、学説は大きく分けて、株式保有の要件の解釈からのアプローチと、多重株主代表訴訟からのアプローチ、に分けることができる。<sup>69)</sup> 前者の株式保有要件からのアプローチは、株式保有要件（商法二六七条一項）<sup>69)</sup> を形式的に解するべきではないとしたうえで、任意に株式を手放したわけではないこと、<sup>67)</sup> 完全親会社は実質的に同一であること、<sup>68)</sup> 原告株主は適切に責任追及がなされることにつき利益を有すること、<sup>69)</sup> などを理由として挙げ、従前の株主に引き続き訴訟を行わせるべきであるとする。他方、多重株主代表訴訟からのアプローチは、株式交換・株式移転におけるこのような問題を多重株主代表訴訟の一場面として考察することによって、原告適格を肯定しようとする試み。<sup>70)</sup>

本稿の議論との関係で問題となるのは、多重株主代表訴訟アプローチの述べるように、株式交換・株式移転における原告適格の問題を、多重株主代表訴訟の一場面と理解することが適切であるか否かということである。この点については、株式保有要件アプローチの立場からいくつかの批判がなされている。<sup>71)</sup> 両者の対立点を整理してみると、まず、各学説ともおおむね次のような事情を株式交換・株式移転の場面での原告適格の維持の理由として想定しているものと思われる。すなわち、株式を手放したことが非自発的な（企業再編行為による）ものであったこと、

株式交換・株式移転の前後で株主の実質的な地位が変動していないこと、の二点である。ところが、さらに、株式交換・株式移転前にすでに株主が株主代表訴訟を提起していたこと、という事情を要求するか否かという点で見解が分かれ、株式保有要件アプローチはこの事情を重視し、他方、多重株主代表訴訟アプローチはこれを必須のものとは考えていない、ということができよう。

ここで、本稿で検討を行ってきた株主代表訴訟および多重株主代表訴訟の法構造から株式交換・株式移転の場面での問題を考えてみると、この要件はきわめて重要なものであることがわかる。すなわち株主代表訴訟は、責

任追及の判断の場面とその後の実際の訴訟提起・追行の場面に分けることができ、多数派株主の判断を少数派が覆しつるところに制度の本質がある。そして、その後の訴訟を誰が行うかは、技術的・実質的な側面からみて適切な者が選択されればよい。株式交換・株式移転の場面においては、株主代表訴訟を提起した株主は、まさに本来の権利主体である株式交換・株式移転前の会社の名簿上の株主として責任追及の判断を下しているのである。この点で株主が他の会社の権利行使についての判断をなす、一般的な多重株主代表訴訟と同列に扱うことは適切ではない<sup>(62)</sup>。換言すれば、株式交換・株式移転の場面で問題になるのは、誰に訴訟を担当させるのが適切であるか、という点であるのに対し、一般的な多重株主代表訴訟を認めるか否かという場面では、誰が責任追及の判断をなすべきか、という点が問題となるのであって、両者では問題の所在が異なるのである<sup>(63)</sup>。

株式交換・株式移転の場面においては、原告株主によりすでに責任を追及するとの判断はなされており、訴訟追行は判断をなした株主に行わせるのが最も適切である。株式交換・株式移転によって株主という資格は変動するが、株主としての実質的な地位には変動がないことから、株式交換・株式移転がなされる前に提起された株主代表訴訟については、株式交換・株式移転後もなお、提訴株主は原告適格を失わずに訴訟を進行しつると解するべきである<sup>(64)</sup>。

(59) 竹内・前掲注(17)二四一頁。上柳ほか・前掲注(58)二六七条 一九「北沢」。

(60) 本文の見解とは矛盾するようではあるが、現行の規定の文言だけから、解釈論による導入が一〇〇パーセント不可能であると必ずしも言い切れないのも確かである。商法二九五条四項は、読み方によっては、子会社の計算による利益の受供与者につき、親会社株主が株主代表訴訟を提起して子会社に返還を求めることが可能なようにも読める。(ただし、立法担当者の解説からはこのような解釈を想定していないことが伺える。原田晃治「会社分割法制の創設について」『下』「商事法務」一五六号一四頁)。しかしながら、多重株主代表訴訟を認めるべきであるかどうかという点については、争いがあることに鑑みれば、多重株主代表訴訟の導入するか否かについては、立法によって選択、確定されるべきであると考え

る。

(61) 山田「中東・前掲注(53)一五一頁。

(62) 原田晃治「関一穂」『范揚恭』市原義孝「親子会社法制等に関する問題点」に対する各界意見の分析」『商事法務』一五〇六号一六頁。

(63) リーディング・ケースとなった事案が、東京地裁平成一三年三月二十九日判決判例時報一七四八号一七一頁である。この判決を踏襲した判決として、名古屋地裁平成一四年八月八日判例時報一八〇〇号一五〇頁、東京地裁平成一五年二月六日判決判例時報一八二二号一四三頁がある。また、前掲の東京地裁平成一三年三月二十九日判決の直後に、いわゆる大和銀行株主代表訴訟事件(一審、大阪地裁平成一二年九月二〇日判決判例時報一七二二号三頁)が、控訴審段階の和解によって終結したが、これは同様に訴訟が却下されることをおそれたものであると報道されている(日本経済新聞平成一三年一月二二日付朝刊)。

(64) これらの判決の結論に反対する見解は数多く示されている。前掲・東京地裁平成一三年判決の評釈として判旨に反対するものとして、鳥山恭一「判批」『法学セミナー』五六一号一四頁、周劍龍「判批」『金融・商事判例』一二七号六一頁、吉本健一「判批」『判例評論』五一六号三六頁(判例時報一七六七号一八二頁)、佐合美佳「判批」『名古屋大学法政論集』一九一号一四五頁、南隅・前掲注(12)一一二頁、村上裕「判批」『法学』六六卷四号九五頁。また、一般論として株式交換・株式移転の場合に原告適格は失われないと述べるものとして、新谷勝「持株会社の創設と株主代表訴訟の原告適格」大和銀行株主代表訴訟の和解が残した問題点「判例タイムズ」一〇八五号三三頁以下、山田泰弘「企業結合と代表訴訟(1)」『高崎経済大学論集』四五巻二七号七頁以下、関俊彦「株主代表訴訟の原告適格と株式移転」『ジュリスト』二二二三号一〇〇頁以下、柴田和史「株式移転における株主代表訴訟の問題」『判例タイムズ』一一二二号二五頁以下。また、江頭・前掲注(53)六八四頁も原告適格は失われないとする。一方、原告適格は失われるものとして、大山浩世「判批」『法学研究』七五巻一〇号一一一頁、小川宏幸「判批」『橋研究』二七巻四号三三頁、江頭憲治郎「武井一浩」『川西隆行』原田晃治「座談会」『株式交換・株式移転 制度の活用について』ジュリスト二一六八号一五頁(原田晃治発言)。

(65) 佐合・前掲注(64)二四八頁は、手続法アプローチ、実体法アプローチとして同様の分類を行う。

- (66) 解釈上、訴訟を通じて株式を保有していなければならぬ。上柳ほか・前掲注(58)二六七条 二〇「北沢」。
- (67) 鳥山・前掲注(64)一一四頁、周・前掲注(64)六五頁、佐合・前掲注(64)二五一頁、関・前掲注(64)一一三頁。柴田・前掲注(64)三〇頁は「株式移転の実行といった株式会社の団体的理由により原告株主が株式を失う場合には却下すべき理由はない」と述べるが、これも同旨か。
- (68) 新谷・前掲注(64)三五頁。
- (69) 吉本・前掲注(64)三七頁。
- (70) 山田・前掲注(10)三三〇頁以下、南陽・前掲注(12)二二六頁。なお、山田・前掲注(64)六九頁以下は原告適格の側面からの分析を加えているが、同論文七五頁においては、株式交換・株式移転の場面は病理的な現象であって、それに限られず一般的な多重株主代表訴訟が認められるべきであるとしており、やはり多重株主代表訴訟の一場面であると考えているものと思われる。
- (71) 批判の理由としてあげられるのは、完全親子会社は実質的に同一で法人格が否認される(新谷・前掲注(64)三五頁)、現状では多重株主代表訴訟は解釈上認められておらず(佐合・前掲注(64)二五一頁、上村・前掲注(64)一〇二頁)、またその実現可能性は薄い(柴田・前掲注(64)二八頁)、多重株主代表訴訟アプローチでは、子会社株主たる親会社の判断を仰ぐために親会社への提訴請求が必要であり迂遠である(周・前掲注(64)六六頁)、というものである。
- (72) たしかに、多重株主代表訴訟が解釈または立法で認められれば、株式交換・株式移転の場面における問題は解決されるが、企業再編行為全体を見ると、すべての問題が解決するわけではない。分社型吸収分割にもない取締役に対する損害賠償請求権が承継会社に移転した場合(このような分割が可能であるかどうかについては争いがある)。山田「中東・前掲注(53)一五一頁、および和歌山地裁平成二二年一月一五日判決判例時報一七三六号一二四頁参照」、多重株主代表訴訟アプローチでは、多重株主代表訴訟の要件を満たさない限り訴訟は継続しないことになり、たとえば分割会社と承継会社が親子会社関係になれば訴訟は終結する。これに対して、判断がなされたか否かを重視すれば、この場合であっても株主代表訴訟は継続する。理論的にも実質的にも後者が妥当であると考え。
- (73) 「株主権の縮減」という見地からも、株式交換・株式移転の場面においては、自社の株主として有していたコントロール

ル権限が株式交換・株式移転によって失われるのに対し、一般的な多重株主代表訴訟においては、そもそもコントロール権限がない状態であることを承認して株主の地位につくのであるから、ガヴァナンス体制の選択の問題であると評価する後者に比して、前者の救済がより必要とされることになる。

(74) 関・前掲注(64)一〇八 一〇九頁。

(75) このように考えた場合、株式交換・株式移転の時点で提訴請求がなされていれば、提訴請求をなした株主の原告適格は肯定されることになる。

## おわりに

以上、わが国における多重株主代表訴訟の法構造について、以前に行った、通常の株主代表訴訟の法構造に関する検討を土台として考察を加えてきた。本稿での検討において、私見のように、株主代表訴訟の構造を、責任追及の判断の場面とその後の訴訟の場面に分けて考えることにより、多重株主代表訴訟の法構造をより明確に把握しようというところ、すなわち、株主の多重株主代表訴訟提起権の根拠が、通常の株主代表訴訟とまったく同様に、多数派の責任を追及しないとの判断を少数派が覆すものであることを明らかにすることができたと考える。加えて、わが国のほぼすべての学説が、多重株主代表訴訟の射程を商法上の親子会社、またはそれ以上の関係に限定している理由についても、子会社における提訴の判断権の確保という観点で説明が可能であることを示すことができたと考えている。とはいえ、本稿で行ってきたことは、法構造という枠組みを想定して、その想定から現状の制度の仕組みを説明しようと試みる、いわば思考実験にとどまるものであることもまた確かである。私見のように、株主代表訴訟制度を立法政策上特に認められた制度であると考える場合、株主代表訴訟の果たす機能、利点と弊害、そして

望ましい株主代表訴訟制度のあり方といった事柄についての検討は避けて通ることのできないものである。また現在、判例と学説が鋭く対立している、株式交換・株式移転に関する問題についても、十分な検討を加えることができていない。これらの点については、さらに検討を重ね他日を期したい。

「付記」本研究は、財団法人全国銀行学術研究振興財団の研究助成によって行われました。ここに深く謝意を記します。